

LA PLURALIDAD DE ACREEDORES EN EL DERECHO REAL DE HIPOTECA DE MÁXIMO DEL ARTÍCULO 153 BIS DE LA LEY HIPOTECARIA*. *Por Ángel Valero Fernández-Reyes.*

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. POSTURA CONTRARIA A LA ADMISIÓN DE LA HIPOTECA «EN MANO COMÚN» O «SIN CUOTAS».
- III. POSTURA FAVORABLE A LA HIPOTECA «EN MANO COMÚN» O «SIN CUOTAS» COMO UNA CONSECUENCIA DE LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA.
- IV. POSTURA FAVORABLE A LA ADMISIÓN DE LA HIPOTECA UNITARIA O COLECTIVA COMO FIGURA DIFERENCIADA Y EN VIRTUD DE PACTO.
- V. LA TITULARIDAD COLECTIVA EN LA HIPOTECA FLOTANTE.
- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La reciente crisis económica ha puesto de moda lo que podríamos denominar «la hipoteca preconcursal», caracterizada por la existencia de una pluralidad de acreedores y de obligaciones, éstas de distinta naturaleza, pertenecientes a distintos acreedores, muchas presentes, pero también algunas futuras –garantías de rentas en una operación de «sale lease back», coberturas de intereses sólo configuradas en contratos marco, etc.–, cuya garantía se estructura a través de la hipoteca de máximo del artículo 153 bis L.H., a la que la exposición de motivos de la Ley 41/2007 denomina «flotante».

La necesidad de conciliar los intereses encontrados de los distintos acreedores, la circunstancia de que en la mayoría de los supuestos el importe de la deuda es superior al valor de las

* Este trabajo es una revisión y puesta al día de otro publicado en el número 24 –enero 2010– de la revista «Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo». Muchas de las opiniones recogidas en el mismo han sido expuestas sólo en seminarios de derecho registral o foros de internet por lo que no se pueden concretar las citas. Algunas de las conclusiones expuestas han sido el fruto de la reflexión en el seno de la Comisión Técnica de Hipotecas del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad con Fernando Canals Brage y Rafael Arnáiz Ramos, a quienes expreso mi reconocimiento.

fincas hipotecadas y la necesidad de aprovechar al máximo la cobertura de la responsabilidad hipotecaria, ha ocasionado la proliferación de hipotecas que podríamos denominar imaginativas, en que se pretende que su titularidad sea «en mano común», «por cuotas variables», etc., lo que ha motivado una apasionada polémica acerca de su admisibilidad en el derecho español.

Creo que, para tratar esta cuestión, se debe partir de dejar claro los siguientes conceptos:

a) Que la denominación de la mencionada hipoteca como en «mano común» es un error terminológico (seguramente achacable a mi mismo pues lo utilice en mi primer escrito sobre la materia hace ya casi dos años) que induce a confusión, pero que no debe impedir, por sí misma, la posibilidad de una figura, en la que, en realidad, lo que se pretende es crear una titularidad sin designación de cuotas, llamémosla «colectiva», «unitaria» o de «destino», para que no sea aplicable la norma de limitación de la cobertura de cada obligación en el porcentaje de su cuota en el derecho real de hipoteca, es decir, que todas las obligaciones puedan quedar garantizadas con el total importe de la responsabilidad hipotecaria.

b) Que la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007 ha pretendido la creación de una figura de hipoteca de funcionamiento más flexible, la recogida en el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Esa flexibilización tiene lugar, fundamentalmente, por la doble vía de debilitar tanto el principio de accesoriedad de la hipoteca, que gana autonomía respecto de la obligación u obligaciones garantizadas que no van a necesitar de una novación extintiva; como el principio de determinación hipotecaria, pues esas obligaciones garantizadas sólo se van a identificar, si son futuras, por la descripción general de los actos jurídicos generadores de las mismas, y cuyos pactos van a permanecer ajenos al Registro de la Propiedad.

c) Que es característica esencial de la hipoteca flotante, según la doctrina dominante, que vencida alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, pueda el acreedor a su libre arbitrio, realizar el bien hasta su total responsabilidad hipotecaria, para la satisfacción de todas, algunas o alguna de las obligaciones garantizadas vencidas, o incluso de sólo una parte de ellas. Es lo que se ha venido a denominar «*la indeferenciabilidad o flotabilidad*» de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca flotante entre los créditos garantizados, que permite que *no deba obligatoriamente* especificarse en la constitución qué parte de la responsabilidad hipotecaria total es la que garantiza cada obligación y que el acreedor pueda dirigirse contra el bien, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria atribuida en conjunto, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas.

Es cierto que, al no limitar, como hubiere sido deseable, la Ley este tipo de hipoteca a la financiación empresarial a medio y largo plazo, que es su destino natural, y al admitirse que se pueda garantizar sólo una obligación presente o una multiplicidad de obligaciones todas presentes, esa característica puede desaparecer en determinados supuestos o quedar en cierta medida difuminada, pero no hasta el punto de impedir que esa aspiración de la figura jurídica creada no deba presidir la interpretación o calificación de las cláusulas de aquellos negocios jurídicos que quieran acogerse a su manto.

En esa labor hermenéutica, es claro que no deben traspasarse los límites fijados por normas de carácter imperativo o prohibitivo, pero también lo es, que la reforma legal ha venido a superar o atenuar algunos de los antiguos postulados que se estimaban inamovibles, y esa finalidad debe ser respetada, sin perjuicio de la necesidad de llegar a un consenso en orden a la determinación de los requisitos de su constitución, sus límites y sus efectos, labor que creo se debe acometer urgentemente a efectos de crear una práctica uniforme que, en su caso, sea la base de la reforma legal que llene las lagunas existentes.

d) Que en la hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la L.H. no existe, frente a lo que se ha defendido por algún compañero «recarga de la hipoteca» entendida como la garantía con una hipoteca primitiva de una obligación totalmente nueva que viene a ocupar el hueco dejado por la parte de la primitivamente garantizada que ya, habiendo vencido, se ha amortizado. Y no existe porque, como queda dicho, es característica esencial y estructural de la hipoteca flo-

tante que cada una de las obligaciones garantizadas quedan aseguradas con la hipoteca desde el mismo momento de su constitución hasta el total importe de la responsabilidad hipotecaria, sin que el pago o extinción de otra manera de una de las obligaciones –salvo en caso de ejecución parcial–, produzca una disminución de dicha cobertura, lo que es algo distinto.

Esta circunstancia es evidente si todas las deudas incluidas se encuentran nacidas en el momento de la constitución de la hipoteca y la responsabilidad hipotecaria no cubriera la suma de sus principales –si el total garantizado equivale al total que pueden alcanzar los créditos, la indiferenciabilidad no tiene trascendencia–, pero también se produce, con más razón, si se garantizaran obligaciones futuras, porque inicialmente se ha pactado un contrato marco o relación jurídica básica de la que derivan las mismas, de tal manera que todas se encuentran aseguradas desde el principio, en los términos antes expuestos, con la misma perspectiva que las demás obligaciones ya nacidas y sin que la posibilidad de su cobertura esté condicionada al pago o extinción de parte, alguna o algunas de éstas. Precisamente la indeterminación del número y cuantía de las futuras obligaciones subsumibles en la cobertura hipotecaria es lo que justifica esta figura y su mencionada característica típica.

A continuación examinaré las distintas posturas doctrinales acerca de la titularidad de la hipoteca ordinaria con pluralidad de acreedores, para seguidamente fijar cuál entiendo que debe ser su trasposición a la hipoteca flotante, basada en las corrientes de opinión mayoritarias sobre la materia y sobre la naturaleza de dicha hipoteca.

II. POSTURA CONTRARIA A LA ADMISIÓN DE LA HIPOTECA «EN MANO COMÚN» O «SIN CUOTAS»¹.

Pues bien, las principales razones que se han aducido para rechazar la titularidad de las hipotecas «en mano común» o más propiamente «sin cuotas», ya lo sea en hipotecas ordinarias o flotantes son:

1. En derecho español no existe la obligación «en mano común». En apoyo de esta afirmación se alude a los autores Beltrán de Heredia, Badosa y Azpitarte, y se argumenta que el Código Civil en los artículos 1.137 y siguientes sólo distingue entre las obligaciones mancomunadas y las solidarias, y en las primeras el crédito o la deuda se encuentra siempre dividido en partes o en cuotas.

El artículo 1.139 del C.C., según este criterio, sólo prevé formas de ejercicio del derecho de los acreedores mancomunados, pero sin que dejen de existir partes o cuotas entre los mismos, sea o no divisible la obligación. Por tanto, por aplicación del principio de accesoriedad, si la obligación es mancomunada, tienen que existir siempre cuotas o partes también en la hipoteca como derecho real, pues también existen en el crédito garantizado por ella.

Y para ello no es obstáculo el carácter indivisible de la hipoteca pues, afirman, la accesoriedad prevalece, y la indivisibilidad sólo tiene aplicación respecto a actos posteriores a la constitución de la hipoteca, no en el momento de la constitución.

2. En derecho español la única comunidad permitida es la comunidad romana o por cuotas, pues el artículo 392.1 del C.C. dispone que «*hay comunidad cuando la propiedad de una cuota o un derecho pertenece pro indiviso a varios personas*»; estando la comunidad germánica o «en mano común» únicamente permitida en los casos reconocidos expresamente por la Ley (sociedades conyugales, comunidad hereditaria, comunidad de pastos o leñas y comunidad de montes vecinales en mano común).

La posibilidad a que se refiere el párrafo segundo de dicho artículo, según este sector doctrinal, es únicamente a la regulación del régimen jurídico de dicha comunidad por cuo-

¹ Pedro Ávila, José Manuel García, Ignacio Burgos, Javier Serrano, Víctor Carrasco.

tas, no a que se pueda pactar otro tipo de comunidad en que se prescindiera de la fijación de cuotas.

3. A efectos registrales, la fijación de cuotas indivisas en tanto por ciento o porcentaje del derecho real inscrito (artículo 54 del R.H.), es una cuestión de orden público inmobiliario por la necesidad de favorecer la libre disposición de los bienes inscritos y de determinación de los derechos reales respecto de terceros, es decir, para que pueda existir certeza de qué se transmite cuando se cede el derecho de uno de los comuneros, o qué se embarga en un proceso ejecutivo, etc.

4. En materia de derecho reales y en el ámbito de la inscripción no juega el principio de autonomía de la voluntad y rige el sistema de «números cláusulas», al contrario de lo que ocurre en materia de derecho de obligaciones, lo que impediría la constitución de una hipoteca cuya titularidad la ostentará una especie de comunidad germánica por voluntad de los contratantes.

La autonomía de la voluntad en el campo de los derechos reales, dicen, debe interpretarse al amparo de los artículos 2 de la Ley Hipotecaria, 594 del Código Civil y 7 del Reglamento Hipotecario, y de toda la doctrina y jurisprudencia existente respecto a los mismos, pero no en base exclusiva al artículo 1.255 del Código Civil. Además, la autonomía de la voluntad, incluso en el campo obligacional, tiene los tres conocidos límites fundamentales que no se pueden olvidar y que serían también aplicables aquí: la Ley, la moral y el orden público. La Ley no permite la hipoteca en mano común. La moral no permite la falta de transparencia. El orden público inmobiliario exige orden en la prioridad de los derechos reales a través del Registro.

5. No es posible una titularidad colectiva distinta de la comunidad pro indiviso o por cuotas, si el ente que la deba ostentar no goza de personalidad jurídica propia ni tiene otro reconocimiento legal. Fuera de este axioma, únicamente admiten la comunidad solidaria y, además, sólo porque la costumbre la ha consagrado a partir de las resoluciones de la D.G.R.N., a las que critican.

Respecto a las hipotecas de máximo o flotantes en garantía de obligaciones totalmente futuras del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, entienden que debe exigirse que se exprese el MÁXIMO de cada acreedor, sin perjuicio de que por la suma de máximos, haya otro máximo total. La pluralidad de acreedores puede obedecer a que esa pluralidad parte de que hay una obligación pactada entre ellos con el deudor, que determina que sea mancomunada o solidaria. Si es mancomunada, tiene que haber cuotas y si es solidaria, sólo habrá cuotas en la relación interna. Y si se entendiera que no hay cuotas, es que no hay ni mancomunidad ni solidaridad, sino simplemente una pluralidad de obligaciones previstas para cada acreedor, que no tendrían conexión entre sí, es decir, que serían obligaciones distintas de cada acreedor, pero entonces cada uno tendría un MÁXIMO y en el fondo serían obligaciones distintas e hipotecas distintas cada una con su máximo. El convenio de sindicación, si no hay cuotas ni mancomunidad, ni solidaridad, sería simplemente un convenio entre acreedores a efectos de GESTIÓN del cumplimiento de las obligaciones para con ellas de un deudor común, pero sin conexión jurídica, es decir, también una situación de varias hipotecas del mismo rango cada una con su máximo.

III. POSTURA FAVORABLE A LA HIPOTECA «EN MANO COMÚN» O «SIN CUOTAS» COMO UNA CONSECUENCIA DE LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA².

Todas estas razones se han considerado mayoritariamente por los Registradores en los foros jurídicos y en la práctica registral como carente de un fundamento sólido por los siguientes argumentos:

² Carmen de Grado, Javier Gómez Galligo, Eugenio Gomeza, Eugenio Rodríguez Cepeda, Javier Stampa, Alfonso Ventoso, José Luis Jiménez, Alberto Montes.

1. Respecto de la obligación en «mano común», se admite su posibilidad en sintonía con el criterio de la generalidad de la doctrina desde antiguo –ej. Díez Picazo³, Albadalejo, Roca Sastre⁴, Blasco Gascó⁵, etc.⁶–, y se considera que, aparte de regirse su funcionamiento por el principio de autonomía de la voluntad, sí tiene cuotas o cantidades que la representan, aunque sólo a efectos internos, como ocurre con las obligaciones solidarias, para la determinación de los quórum necesarios para adoptar acuerdos.

Ese carácter de «mano común» de la obligación que implica la necesidad de la actuación colectiva de todos los acreedores, puede derivar, según los autores partidarios de este criterio, tanto del carácter indivisible de la obligación, como del acuerdo de todas las partes del negocio jurídico.

Admitido este tipo de obligación y como consecuencia, del carácter accesorio de la hipoteca respecto de la obligación garantizada, la naturaleza de aquella sería la misma que la de ésta y, en consecuencia, si la obligación es en «mano común», la hipoteca tendrá igualmente este carácter.

A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004 señala que «*la comunidad hereditaria formada por los coherederosen que no se ha practicado la partición, no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que éstas forman parte de la misma, de la sus miembros tienen derechos indeterminados y cuya naturaleza es de comunidad germánica*»; la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de febrero de 2004 destaca la naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad germánica o en mano común; la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de junio de 1995 acepta la constitución convencional «*sobre fincas determinadas de varios propietarios a favor de una comunidad en mano común no sometida en su regulación a las normas, sino por la voluntad de los comuneros y caracterizada por la indivisibilidad del objeto y la inexistencia de cuotas de participación y la inexistencia de la acción de división*», y la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1988 admite que la cotitularidad de propietarios de unos terrenos integrados en una unidad de actuación urbanística puede ser romana o germánica. Sentencias de las que se infiere la posibilidad o legalidad en el derecho español de cotitularidades en mano común o colectivas incluso por vía convencional.

2. En relación a la prohibición legal de comunidad germánica salvo que la misma se encuentre expresamente recogida y regulada en una norma, se afirma que esa pretendida prohibición no se encuentra recogida en ningún artículo y, en consecuencia, no está nada clara esa aseveración, pues el artículo 392.1 del C.c. establece el régimen aplicable sólo a la comuni-

³ Díez Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial Ed. Arandazi*, 6.ª edición, págs 209 a 212.

⁴ Roca Sastre, R.: *Derecho Hipotecario*, Tomo IX, Ed. Bosch, edición de 2009, pág 310.

⁵ Blasco Gascó, F.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Ed. Tirant Lo Blanch, edición de 2000, pág 92.

⁶ Para ampliar la visión de esta cuestión ver, Ángel Valero: «LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LA HIPOTECA FLOTANTE: PROBLEMAS PRÁCTICOS», Revista «Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo», nº 21, págs. 17 a 21, en que se señala que «Esta titularidad «*en mano común*» cuya principal característica es que el ejercicio de la acción de ejecución corresponde conjuntamente a todos los acreedores, se encuentra insuficientemente regulada en el Código civil –únicamente existe una referencia en los artículos 1.139 y 1.150– y, según Díez Picazo, es posible, bien porque exista una objetiva indivisibilidad del crédito, o bien porque los acreedores lo acuerden así expresamente. El derecho o proporción último de cada acreedor vendrá determinado por la cantidad que cada uno haya prestado, pero ello es indiferente a la hipoteca, pues sólo afectará a las relaciones internas entre los acreedores. A falta de pacto expreso se suele entender aplicable, como régimen supletorio, las normas que regulan la comunidad de bienes ordinaria o romana en cuanto a los actos de administración y disposición –mayoría y unanimidad respectivamente– (artículos 392 y ss. del Código Civil). Pero nada impide que, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, las partes regulen el funcionamiento de esa titularidad conjunta y se aparten de esas normas supletorias en cuanto no son imperativas para este tipo de titularidad, como tiene reconocido la D.G.R.N. para supuestos similares (ej. resolución de 4 de diciembre de 2004 respecto de una comunidad ordinaria con reglas de funcionamiento especial, o de 22 de mayo de 2000 respecto de la comunidad de usufructo simultáneo y sucesivo que no es ni ganancial ni proindiviso), o tiene lugar en los supuestos de Sociedad Civil (resolución de la D.G.R.N. de 14 de febrero de 2001), de estatutos de la propiedad horizontal (artículo 5 de la Ley 49/1960 de P.H.) o de régimen económico conyugal especial pactado en capitulaciones matrimoniales (artículo 1.305 del Código Civil)».

dad en proindivisión, que no es el caso, y, además en su párrafo segundo se permite, según esta opinión, el pacto en contrario, es decir, la constitución de una comunidad no parciaria o por cuotas.

Es más, aparte de la referencia a las citadas sentencias favorables del Tribunal Supremo, se añade que, en la sociedad conyugal, en virtud de la libertad de pactos, se puede acordar en capitulaciones matrimoniales, una comunidad germánica distinta de la de gananciales (artículo 1.305 del Código Civil), e igual ocurre con el régimen de la sociedad civil, cuya inscripción está admitida por la D.G.R.N. bien a favor de la misma como ente independiente o bien a favor de todos los socios sin designación de cuotas y, en ambos casos, con indicación de las normas de funcionamiento (resoluciones de 14 de febrero de 2001 y 31 de marzo de 1997 respectivamente), o respecto de la cotitularidad del derecho real de usufructo, en que la misma D.G.R.N. admite la libertad en su configuración y la no necesidad de cuotas si se constituye con carácter simultáneo y sucesivo (resolución de 22 de mayo de 2000).

A este respecto se alude también, entre otras, a las resoluciones de la D.G.R.N. de 15 de febrero de 2000 y 10 de febrero de 2003, que señalan que: «*La titularidad plural de los derechos reales queda sujeta en derecho común, como disciplina básica, al régimen de la comunidad de bienes contenido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, lo que excluye en principio la admisión de titularidades dominicales solidarias tal como ya tuvo ocasión de señalar la Resolución de 26 de diciembre de 1946. Ello se traduce a efectos registrales en la necesidad de precisar en la inscripción a practicar la cuota o porción ideal de cada titular en el derecho con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (cfr. artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario). Ahora bien, la hipoteca, pese a ser un derecho real, presenta en este punto evidentes singularidades. Y La configuración del crédito garantizado como solidario hace, por último, innecesario el determinar la cantidad del capital prestado que se ha recibido de cada uno de los que resultan acreedores solidarios, cuestión que tan sólo tiene relevancia en la relación interna entre ellos y resulta indiferente para el deudor. Es cierto que el préstamo, en cuanto contrato real, se perfecciona con la entrega (cfr. artículo 1.740 del Código Civil), pero es, a su vez, un contrato unilateral, de suerte que una vez perfeccionado tan sólo surge una obligación, la del deudor de reintegrar el capital prestado y, en su caso, los intereses convenidos. La entrega opera como presupuesto de esa obligación, pero no como elemento necesariamente identificador del acreedor. Al igual que no es descartable que a un contrato de préstamo se anude una estipulación a favor de tercero que convierta a éste en acreedor de la obligación de restituir, en el caso de pactarse la solidaridad activa resulta intrascendente cuál de los acreedores o en qué medida cada uno de ellos ha hecho entrega de la cantidad prestada, pues ello tan sólo afecta a las relaciones internas entre los mismos que no tienen que trascender al contrato de préstamo ni a la inscripción de la hipoteca que lo garantice», y esa innecesidad de fijar cuotas –tendrían un carácter interno si se señalan–, o de determinar el importe prestado –con efectos, en su caso, limitados a la fijación de las mayorías para la adopción de acuerdos y al reparto–, se considera, también, aplicable al caso de la obligación «en mano común».*

3. Respecto de la necesidad de hacer constar las cuotas como cuestión de orden público, se señala que el artículo 54 del R.H. sólo es aplicable cuando la comunidad sea parciaria o romana; y que la falta de determinación de las cuotas no atenta contra el principio de especialidad, en la medida en que todo el régimen de actuación conjunta y toma de decisiones, tanto para la ejecución, como para la cancelación de la garantía o para la cesión de la posición jurídica de acreedor, haya sido definido y haya tenido acceso al Registro.

Esta es, por lo demás, la solución recogida en el artículo 1.860 del Código Civil al proclamar la indivisibilidad de la hipoteca aunque el crédito se divida entre los herederos del acreedor, es decir, que en puridad, salvo pacto en contrario, la hipoteca es única, no por cuotas, y rige el principio de integridad de la misma, sin perjuicio de que en caso de pluralidad de obligacio-

nes sea posible la ejecución parcial de alguna de ellas porque lo que se ejecuta es el crédito y no la hipoteca⁷.

Y en relación con el tráfico jurídico se dice que, dado que la transmisión de la participación de una entidad en una obligación, por accesoriadad, llevará consigo la correspondiente participación en la cotitularidad del derecho real, reflejando en los libros la transmisión de la participación de una de las entidades acreedoras en la situación crediticia asegurada, quedará reflejado el cambio en la cotitularidad de la hipoteca, sin necesidad de especificar cuota alguna. La hipoteca nunca es objeto directo de negocios jurídicos, embargos etc., sino que estos recaen sobre la propia situación crediticia garantizada, y se extienden automáticamente a las garantías, prendas y privilegios (cfr. artículo 1.528 del C.C.).

Por tanto, cuando una hipoteca garantice una situación crediticia compleja, lo importante es que ésta quede bien perfilada en el asiento registral; y siendo así, la transmisión de la participación que en dicha situación corresponda a una de las varias entidades acreedoras, llevará consigo la correspondiente participación en la cotitularidad de la garantía real y la sujeción del nuevo cotitular en el régimen establecido para su desenvolvimiento.

4. Que frente a la afirmación de que en los derechos reales no rige el «*numeros apertus*» y que no es posible que aquí juegue el principio de autonomía de la voluntad, se aluden a los supuestos de la comunidad funcional de garajes, la denominada comunidad valenciana, el aprovechamiento por turnos, etc.; supuestos arto frecuentes en la práctica y que nacieron en virtud de dichos principios, que aunque discutidos por cierta doctrina, se encuentran reconocidos por la D.G.R.N., siempre que se respeten los límites de la Ley y el orden público.

5. Por último, en cuanto a la afirmación de que no es posible una comunidad colectiva sin personalidad jurídica, se señalan la posibilidad de inscripción de bienes, siquiera transitoria, a favor de la Comisión liquidadora o de acreedores en las cesiones de bienes en pago o para pago de deudas en los convenios concursales o la adjudicación judicial en la ejecución de hipotecas en dichos supuestos a favor de la masa de la quiebra representada por la sindicatura (resoluciones de la D.G.R.N. de 28 de enero de 1987, 30 de enero de 2003 y 10 de septiembre de 2009⁸), o la posibilidad de constituir hipoteca a favor de un conjunto de obligacionistas integrados en un sindicato, sin determinación de cuotas entre los tenedores de las obligaciones (artículos 284 1.a y 305 de la L.S.A., en relación con el artículo 154 de la L.H.), o la posibilidad legalmente reconocida de inscribir fincas a favor de los fondos de inversión inmobiliaria o de los fondos de pensiones.

Todas estas colectividades carecen de personalidad jurídica, pero el propio reconocimiento que les hace el ordenamiento jurídico de la facultad de ser titulares del dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles y el hecho de estar plenamente articuladas para su funcionamiento implica, según este sector, una vocación a la posibilidad de su inscripción; y lo mismo es aplicable a los supuestos de crédito sindicado en que, además, existe una perfecta determinación en cuanto a su composición.

IV. POSTURA FAVORABLE A LA ADMISIÓN DE LA HIPOTECA UNITARIA O COLECTIVA COMO FIGURA DIFERENCIADA Y EN VIRTUD DE PACTO⁹.

Por otra parte, existe otro sector doctrinal que considera que, cualquiera que sea la naturaleza de la obligación garantizada (sea crédito único con varios titulares, solidario, en mano

⁷ Para ampliar la visión de esta cuestión de la ejecución parcial ver Ángel Valero: «LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LA HIPOTECA FLOTANTE: PROBLEMAS PRÁCTICOS», Revista «Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo», nº 21, págs 39 a 52 .

⁸ La inscripción se permite por «... *La probable existencia de un elevado número de acreedores, la determinación de estos por remisión al expediente de quiebra, el carácter «en mano común» de las titularidades ostentadas, así como la articulación de un órgano legitimado para el ejercicio de los derechos correspondientes en nombre de los acreedores...*», rechazándose en la última expresamente la fijación de cuotas que exigía el registrador.

⁹ Juan Sarmiento, Fernando Canals, Manuel Figueiras, Rafael Arnáiz Eguren, Ángel Valero, Manuel Parga, Rafael Arnáiz Ramos

común o parciario; sea una pluralidad de créditos totalmente independientes, presentes o futuros y pertenecientes a distintas entidades; sea, en fin, una situación crediticia más compleja como la que resulta de un convenio alcanzado en concurso de acreedores o en los denominados convenios de refinanciación en los que los créditos de cada entidad se mantienen independientes, pero se establece un régimen de actuación común vinculante para todos ellos), si se constituye una única hipoteca en su cobertura, no es necesaria la fijación de cuotas en esta garantía real.

Así, afirman sus partidarios, que en el denominado «crédito sindicado» se hace necesaria una *organización unitaria o empresarial*, que, a través de sus órganos de representación, controle, administre y decida sobre todas las circunstancias del crédito «unitario», e, incluso, llegado el caso, proceda a la ejecución total o parcial de la garantía, de tal forma que ninguna de las Entidades acreedoras (generalmente Bancos y Cajas de Ahorro) pueda decidir por sí, ni siquiera en cuanto a la parte de capital por ella invertida, ya que se trata de una «operación conjunta» que estará dominada por un «destino vinculante»; y cuya ejecución derivará de un acuerdo previo y en principio *indisoluble*.

La determinación de cuotas, supone la generación de una comunidad en proindiviso sobre la garantía real, **que es lo que precisamente la sindicación intenta evitar**, pues si se determinan cuotas en la obligación, será de aplicación el artículo 1.138 del C.C., que reputa dividido el crédito en tantos créditos como acreedores haya, cada uno por su cuota y, por tanto, los mismos serán susceptibles de ejecución independiente al amparo y con los efectos del artículo 227 del R.H., pues si se fijan participaciones indivisas, se generan tantas hipotecas de igual rango como titulares. Además, el pacto en contrario, de existir, podría ser considerado una prohibición de disponer no inscribible conforme al artículo 27 L.H., por lo que en principio carecería de eficacia.

Se reiteran por estos autores los argumentos ya vistos en orden a que la falta de determinación de cuotas no atenta contra el principio de especialidad, ni al tráfico jurídico, en la medida en que todo el régimen de actuación conjunta y toma de decisiones, tanto para la ejecución, como para la cancelación de la garantía, como para la cesión de la posición jurídica de acreedor o el ejercicio de otras acciones derivadas del derecho real de hipoteca, haya sido definido y haya tenido acceso al Registro.

En definitiva, la operación financiera subyacente en los acuerdos de refinanciación, que son los que ahora nos preocupan, genera una comunidad de intereses y riesgos que, en la esfera interna se somete al régimen de mayorías pero que, frente al deudor, opera como un único titular de una obligación colectiva en virtud del pacto de sindicación que establece un régimen de actuación común vinculante para todos sus componentes.

V. LA TITULARIDAD COLECTIVA EN LA HIPOTECA FLOTANTE.

Toda esta discusión se recrudece en el ámbito de la hipoteca flotante o de máximo del artículo 153 bis de la L.H., en que se dan una serie de circunstancias diferenciadoras, a saber: la posibilidad de garantizar una pluralidad de obligaciones de diferentes acreedores que no pierden su autonomía, la posibilidad de garantía de obligaciones futuras no perfectamente determinadas en el momento de su constitución y cuya incorporación a la cobertura de la hipoteca queda al arbitrio del acreedor, y la cobertura por la hipoteca del total importe de todas y cada una de esas obligaciones con el límite de la responsabilidad hipotecaria sin necesidad de su distribución.

Aquí, ante la complejidad de las situaciones posibles, parece inevitable la adopción del criterio de que la configuración del tipo de titularidad debería ser siempre «la colectiva» o sin cuotas, con base a los argumentos expuestos en el apartado anterior. La ventaja de esta titularidad radica en que, por un lado, impide la ejecución autónoma de la hipoteca por un sólo acreedor en perjuicio de los otros –solidaridad– y, por otro, permite aprovechar todas las potencialidades de la hipoteca flotante, pues la parciariedad implica la existencia de una pluralidad de hi-

potecas –artículo 1.138 del Código Civil– con los efectos del artículo 227 del Reglamento Hipotecario de subsistencia las hipotecas de igual rango no ejecutadas, lo que impide que los acreedores puedan realizar el bien, en caso de vencimiento de un crédito cualquiera, hasta el máximo de la responsabilidad hipotecaria global.

Pero precisamente por esa variedad de situaciones posibles aludida, es conveniente distinguir cada una ellas para analizar si es posible, en qué medida y con cuáles consecuencias, llegar en ciertos casos a alguna otra solución.

1. *Supuesto en que la hipoteca sólo garantiza una obligación o bien varias, pero todas de la misma naturaleza, y en la misma proporción y titularidad.* En primer lugar debe recordarse que en las hipotecas flotantes del artículo 153 bis de la ley Hipotecaria, aunque mitigado sigue rigiendo el principio de accesoriedad, y dado ese carácter accesorio de la hipoteca, resulta inevitable, en principio, que la hipoteca esté constituida a favor de los titulares del derecho de crédito garantizado (104, 105, 149, 150 y otros de la L.H.) en la misma forma que la titularidad en éste. Es decir, es la titularidad del crédito la que determina la titularidad del derecho real.

Los artículos 1.137 a 1.139 C.C., como ya se ha expuesto, parece que distinguen varias situaciones: pluralidad de acreedores solidarios (sin perjuicio de las relaciones internas entre los acreedores), comunidad por cuotas, según lo expresamente pactado y en su defecto por partes iguales, y comunidad sin cuotas o «mano común» (obligación indivisible del artículo 1.139 en la que sólo cabe la actuación conjunta y las cuotas sólo tienen efectos internos). La titularidad en la hipoteca será la misma que en el crédito por accesoriedad y si la hipoteca está constituida en favor de una obligación en mano común, estaríamos ante un supuesto de hipoteca en mano común.

Este criterio, sin embargo, será únicamente aplicable si con la hipoteca sólo se garantiza una única obligación o también, según algún autor¹⁰, si garantizando varias obligaciones, todas fueran de la misma naturaleza, proporción y titularidad, en cuyo caso la misma titularidad de la obligación u obligaciones, al ser igual en todas, será la de la hipoteca. Se puede compartir esta postura, siempre que quede bien entendido que, en el caso de titularidad parciaria y pluralidad de obligaciones, la cuota de cada acreedor se distribuirá, también, entre las distintas obligaciones garantizadas que son las que realmente determinan la titularidad hipotecaria.

En estos casos, si se produce una fijación de cuotas entre los acreedores, por tratarse de obligaciones parciarias, las mismas deben ser absolutamente proporcionales al crédito o a la suma de los respectivos créditos, por aplicación del principio de determinación y por inferirse así de la expresión «indudablemente» del artículo 54.1 del R.H., sin que deban admitirse redondeos que rompan de forma clara dicha proporcionalidad y alteren, por vía de la fijación de las cuotas, el *quantum* del crédito que cada acreedor tiene garantizado.

2. Si, por el contrario, *las distintas obligaciones garantizadas fueran todas ya nacidas pero de titularidad de distintos acreedores, o las proporciones o la naturaleza de las mismas fuera distinta*, se puede admitir que la titularidad de los acreedores en el derecho real de hipoteca, también en virtud del principio de accesoriedad, se corresponde con la titularidad que cada uno ostente en las distintas obligaciones garantizadas y, en consecuencia, la multiplicidad de titularidades de los acreedores respecto de los distintas obligaciones garantizadas se traslada, así, a la hipoteca.

Es decir, que en este caso, si la responsabilidad hipotecaria cubriere íntegramente el importe de todas las citadas obligaciones ya nacidas, a cada obligación le corresponderá, siquiera teóricamente, una parte máxima de la total responsabilidad hipotecaria y dentro de ella a cada acreedor titular de cada obligación un derecho idéntico al que tuviere sobre ésta.

¹⁰ Azofra Vegas, F.: *Hipotecas Flotantes*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n° 707, págs 1217-1218.

Bien entendido que, en realidad, esa titularidad, salvo a efectos del cobro de las cantidades debidas, será meramente teórica, pues lo habitual será que las normas que articulan el funcionamiento de la colectividad de acreedores tengan un carácter conjunto o unitario, es decir, que regularán el régimen para el ejercicio de las diversas acciones derivadas de la hipoteca, independientemente de la naturaleza particular de cada uno de los créditos que constituyen la concreta colectividad.

Por tanto, de lo antes expuesto resulta que no es procedente en este supuesto, que, mediante operaciones matemáticas, se sumen las distintas participaciones de cada acreedor en cada obligación garantizada para fijar una titularidad o cuota total en el derecho real de hipoteca, porque eso es precisamente contrario al principio de accesoriedad, inaplicable a los efectos de ejecución pues lo que se ejecutaría serían sus créditos y, en caso de titularidad plural de uno de ellos, habría que estarse a su concreta naturaleza y no una cuota abstracta en la hipoteca. Ello implica que la indicación de cuotas en estos casos, en principio, y salvo que resulte clara su configuración a efectos de titularidad del derecho real, tendrá una relevancia meramente interna a los efectos de facilitar el cálculo de las mayorías para el ejercicio de los distintos derechos del acreedor hipotecario y, así concebida la cuota en estos supuestos, es irrelevante que exista una absoluta correspondencia entre cada una de ellas y las cantidades prestadas por cada acreedor, siendo suficiente el habitual redondeo a dos decimales.

Y todo ello porque la indiferenciabilidad de la hipoteca flotante, que implica la no necesidad de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas, y la propia accesoriedad e integridad de la hipoteca, vienen a impedir el cumplimiento del requisito de la constancia registral de la cuota de cada acreedor del artículo 54 del R.H., pues lo único determinable es el derecho o cuota, según los casos, que a cada acreedor corresponde en cada crédito, pero éste no determinará –y menos si la responsabilidad hipotecaria no cubre el importe íntegro de todas las obligaciones o éste se ignora por garantizarse obligaciones futuras–, automáticamente una cuota a cada acreedor en el derecho real de hipoteca. La titularidad de la hipoteca flotante puede ser, en consecuencia y porque la ley no lo prohíbe, colectiva o «en mano común» si así se pacta expresamente por los interesados y se quiere aprovechar las ventajas de la indiferenciabilidad, mientras que los distintos créditos tendrán cada uno su propia forma de titularidad o cotitularidad.

Pero puede ocurrir, no obstante, que las partes, voluntariamente, procedan a distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas –si son futuras con carácter de máximo– y, a su vez, cada obligación distribuida entre cada una de las fincas hipotecas, en cuyo caso, a efectos de ejecución, se deberán considerar como hipotecas independientes unas de otras, tanto en lo relativo a la cantidad que puede percibir del remate cada acreedor, como respecto a la subsistencia sólo del resto de la responsabilidad hipotecaria en garantía del resto de las obligaciones garantizadas; lo que supone perder gran parte de las ventajas de la hipoteca flotante.

También puede ocurrir que las partes pacten el establecimiento de una comunidad romana sobre la titularidad de la hipoteca –que garantizará todas las obligaciones– y determinen la cuota de cada acreedor en la garantía, cuota que determinará la medida en que cada uno podrá servirse aisladamente de la hipoteca; o bien que se constituyan tantas hipotecas flotantes independientes y con igualdad de rango como acreedores haya, pactando que cada una de las mismas garantice todos los créditos o *quantum* de cada acreedor en los mismos. Pues bien, en ambos casos las consecuencias son las mismas: cada acreedor podrá ejecutar aisladamente su hipoteca –o cuota de la misma en aplicación del artículo 227 del R.H.–, teniendo únicamente derecho a cobrar del precio del remate la cifra de responsabilidad hipotecaria de su hipoteca –o la resultante de aplicar su cuota a la responsabilidad total– y con subsistencia de las hipotecas pertenecientes al resto de los acreedores –o la responsabilidad hipotecaria correspondiente a las cuotas del resto de los acreedores–.

Junto a estas posibilidades de configuración de la hipoteca flotante que podríamos calificar de normales, en la práctica diaria se observan otras varias en que las partes, no obstante pactar la existencia de cuotas sobre el derecho real de hipoteca y los efectos previstos en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario de existencia de hipotecas de igual rango, luego tratan mediante fórmulas imaginativas de soslayar los efectos de esa configuración¹¹, bien sea estableciendo un pacto de acrecimiento de cuotas entre los acreedores según algunos vayan siendo pagados, bien elaborando un sistema de ejecución en que si un acreedor, aunque su crédito no se encuentra vencido, no se adhiere a la ejecución comenzada por otro, su crédito pasará a tener rango posterior al del ejecutado.

En cuanto a la primera cuestión, dado que se considera que en la hipotecas parciarias o por cuotas la responsabilidad hipotecaria a que cada acreedor tiene derecho viene limitada por su cuota, no pueden admitirse acrecimientos aunque la hipoteca sea flotante, pues la flotabilidad sólo operará dentro de cada cuota entre los distintos créditos de cada acreedor, pero no entre las distintas cuotas que constituyen, en realidad, hipotecas autónomas, pues en este supuesto serían aplicables, por analogía, las normas generales de redistribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas gravadas u obligaciones garantizadas, que no puede perjudicar a terceros.

Respecto del pacto de sometimiento al régimen del artículo 227 del Reglamento Hipotecario para luego señalar que el acreedor que no quiera ejecutar, aunque su crédito no haya vencido, verá postergado el rango de su garantía, parece un contrasentido, pero se considera inscribible en base al principio de autonomía de voluntad y por la posibilidad de posposición de las hipotecas recogido en el artículo 241 del Reglamento Hipotecario.

3. *La repercusión del alcance de la responsabilidad hipotecaria.* Por otra parte, debe distinguirse según que, como resultado de la valoración de las fincas hipotecadas en el momento de su constitución, la responsabilidad hipotecaria cubra o no el importe total de las obligaciones garantizadas. Así, en el primer supuesto, al estar garantizadas íntegramente cada una de las obligaciones, la cuantía de las mismas opera como un porcentaje en la responsabilidad hipotecaria propio y excluyente del resto de las obligaciones y, por tanto, pagada alguna obligación, la responsabilidad hipotecaria deberá reducirse proporcionalmente, sin que exista un acrecimiento o redistribución de cantidades a las otras obligaciones pues, por no ser necesario, no operará la flotabilidad o indiferenciabilidad de la hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la L.H.

Si, por el contrario, dada la valoración de las fincas hipotecadas en el momento de la constitución, la responsabilidad máxima hipotecaria es inferior al importe total de las obligaciones garantizadas –supuesto bastante frecuente en las hipotecas en garantía de contratos de refinanciación y probable en los empresariales en general–, en tanto en cuanto esta situación permanezca, y de conformidad con la configuración legal de la hipoteca flotante recogida en el citado artículo 153 bis de la L.H., la hipoteca asegurará el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones garantizadas hasta el importe máximo debido bajo cada una de ellas y con el límite máximo de la responsabilidad máxima hipotecaria. Es decir, ninguno de los acreedores u obligaciones tiene atribuido un porcentaje de la responsabilidad hipotecaria propio y excluyente del resto de acreedores u obligaciones, por lo que en caso de renuncia por parte de cualquiera de los acreedores de sus derechos sobre la hipoteca respecto de cualesquiera de las obligaciones garantizadas (ya sea total o parcial) o en caso de pago, condonación o extinción por cualquier otra causa (ya sea total o parcial) de cualquiera de las obligaciones garantizadas (excepto en el caso de ejecución parcial en los términos que se hayan pactado), se mantendrá la hipoteca

¹¹ Se ha preguntado algún autor –ej. Fernando Canals–, si cuando los acreedores fijan «cuotas» en la hipoteca, quieren realmente obtener el resultado del artículo 227 del R.H. o simplemente están pensando en el porcentaje que cada acreedor debe percibir de lo que acaso se pueda cobrar; o si fijan cuotas porque parece ser que el art. 54 del R.H. lo impone y los registradores lo exigen, pero sin relación alguna con la realidad operativa que irá por otro lado.

respecto de las restantes obligaciones garantizadas por la totalidad de la responsabilidad máxima hipotecaria.

Este criterio viene confirmado por las resoluciones de la D.G.R.N. 2 y 3 de enero de 1996, interpretadas amoldándolas a la nueva figura hipotecaria, pues las mismas, en un caso de garantía parcial de la obligación, estiman que: *«El carácter parcial de la garantía hipotecaria no provoca inexcusablemente el fraccionamiento del crédito garantizado en dos obligaciones distintas e independientes, una con garantía y otra sin ella, sujetas a un régimen jurídico diferenciado»*, que *«la única significación del carácter parcial de la garantía, se produce exclusivamente en el propio juego de ésta; en caso de ejecución del bien hipoteca, el actor sólo podrá detraer del precio de remate obtenido, hasta una parte igual al máximo de responsabilidad fijado; del mismo modo, si el tercer poseedor quiere evitar la ejecución de ese bien, únicamente deberá desembolsar esa cantidad máxima, aunque quede parcialmente insatisfecho el crédito»* y que *«Por lo demás, debe señalarse cómo el propio artículo 153 de la L.H. prevé la posibilidad de garantía parcial del saldo, sin que ello exija el fraccionamiento de la obligación garantizada, y que esa posibilidad de garantía parcial es típica de toda hipoteca de máximo»*, y es que el citado artículo 153 de la L.H. señala que *«si al vencimiento del término fijado por los otorgantes, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca»*.

Y si fueren varias las fincas hipotecas, los acreedores podrán obtener el cobro total de sus créditos instando la ejecución de una sola, de varias o de todas las fincas gravadas, ya exceda o no la obligación u obligaciones garantizadas por las que se ejecuta de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca, y ya el precio del remate exceda o no del nominal de la obligación u obligaciones garantizadas por las que se ejecuta, puesto que, como señala la resolución de la D.G.R.N. de 20 de julio de 1999 en un caso de ejecución parcial de hipoteca en garantía de obligaciones al portador sobre varios inmuebles sin asignación específica de aquéllas a éstos, *«la hipoteca no genera (vid arts. 124 y 156.4 de la L.H.) una afección individualizada de cada una de las fincas hipotecadas respecto de todas y cada una de las obligaciones garantizadas, en la proporción pertinente, sino sólo una vinculación global de aquéllas, como un todo, en favor de todas las obligaciones garantizadas en su conjunto, de modo que cualquiera de los acreedores podrán hacer valer íntegramente su derecho sobre cualquiera de las fincas hasta donde alcance su específica responsabilidad hipotecaria»*.

Otro supuesto que se está planteando en la práctica registral es el de fijar, cuando la responsabilidad hipotecaria no cubre el total de las obligaciones aseguradas, dos grupos de acreedores: uno denominado «no preferente», respecto del cual se concede un periodo de espera, y otro denominado «preferente», referido a aquellos acreedores que han aportado nuevo numerario para impedir la apertura del concurso, que es objeto de una amortización acelerada y de la posibilidad de ejecución parcial. Esa característica especial se intenta configurar a través de una fijación de «cuotas variables» en el derecho real de hipoteca no coincidentes con los porcentajes de participación en las obligaciones garantizadas (mayor para los acreedores preferentes y menor para los no preferentes) y de un pacto de redistribución de dichas cuotas en caso de extinción de una de las obligaciones aseguradas, de tal manera que, en tales supuestos, subsiste la total garantía pero cubriendo otros créditos de la misma clase —preferente o no preferente— a prorrata y, sólo en defecto de ellos se garantiza a los del otro grupo.

Aplicando las consideraciones que venimos defendiendo a este supuesto se puede concluir, en primer lugar, que es admisible la creación de los dos grupos de acreedores, ya que no parece tampoco haber prohibición legal para que los acreedores pacten que algunos de ellos cobren antes —por lo tanto, sean preferentes—, y como consecuencia que la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria esté destinada a su pago prioritario, así como que los acreedores no preferentes cobrarán después, de modo que con cargo a la hipoteca únicamente podrán ser satisfechos hasta la suma de responsabilidad que los cubra, debiendo reclamar su preferencia respecto del

exceso por otra vía. Refuerza esta posibilidad, al menos referida a los acuerdos de refinanciación, la aplicación analógica del artículo 100 número 5 párrafo 2.º de la Ley Concursal, según el cual «*los créditos que se concedan al deudor para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio*».

También se considera ajustado a derecho, el pacto de la ejecución parcial condicionada suspensivamente –al cobro de los preferentes– de los acreedores no preferentes, por cuanto éstos prestan su consentimiento. Pero lo que no se considera admisible, por contrario al principio de determinación, es la redistribución de las cuotas mediante la utilización de fórmulas que no permitan conocer *a priori*, a los posibles terceros, cuál será la responsabilidad hipotecaria subsistente en caso de dicha ejecución parcial; lo que limita, de hecho, la misma al supuesto de ejecución de fincas aisladas con cancelación total de la hipotecas respecto de ellas.

4. Respecto del supuesto en que *todas o algunas de las obligaciones garantizadas sean futuras*, se ha discutido si el principio de especialidad permite la constitución de una hipoteca en garantía de obligaciones futuras en la que la titularidad de los acreedores de las mismas resulten parcialmente indeterminados, pues se conocen quienes son, pero no la proporción en que van a participar del crédito o los créditos asegurados, por cuanto, además, tales obligaciones pueden ser cambiantes; indeterminación subjetiva que, además, subsiste aunque se hallan contraídas las obligaciones, habida cuenta de la innecesidad de hacer constar el nacimiento de éstas en el Registro y de la facultad del acreedor de incorporarlas o no al «saldo final líquido garantizado».

A este respecto, se entiende que, sin perjuicio de los requisitos que deban exigirse para su constitución –ej. la necesidad o no de un contrato marco o relación jurídica de la que deriven y determine las mismas, de un derecho de renuncia unilateral del deudor si no existen obligaciones contraídas, etc.– y de la posibilidad o no de ejecución parcial; la imposibilidad de saber *ab initio* cuál será el número y la cuantía de cada futura obligación garantizada, su naturaleza, el número de acreedores firmantes de la escritura de hipoteca que suscriban cada obligación futura y en qué proporción y, de nuevo, la especial naturaleza de la hipoteca de máximo regulada en el artículo 153 bis de la L.H., excluyen, salvo voluntad expresa en contrario, la necesidad de fijación de cuotas o máximos de cobertura iniciales para cada acreedor en la titularidad del derecho real de hipoteca, pues ello supondría constituir, por aplicación de las normas ya analizadas, tantas hipotecas como acreedores hubiere, que, como ya se ha expuesto, es lo que precisamente se trata de evitar por la Ley y las partes.

Por tanto, se hace inevitable la configuración de la hipoteca como de titularidad colectiva porque no existen, en todo o en parte, obligaciones que puedan transmitirle por accesoria su naturaleza, determinándose la concreta titularidad de cada acreedor cuando se incorpore la obligación a la cobertura hipotecaria, y rigiéndose la misma, mientras tanto, por las estipulaciones pactadas por las partes. Y es que, como ya se ha expuesto, lo importante no son las cuotas en la hipoteca única que garantiza uno o varios créditos perteneciente a varios titulares, sino la fijación de un régimen claro y completo sobre el desenvolvimiento de este derecho real único con pluralidad de titulares.

La garantía hipotecaria de los acreedores, no obstante la transitoria indeterminación de la titularidad de los créditos cubiertos con la misma, empieza desde el mismo momento de constitución de la hipoteca, y desde ese momento detentan, por ejemplo, la acción de devastación, porque gozan de la «sujeción» de la finca hipotecada a su favor, o más propiamente a favor de un crédito futuro, que no permite provisionalmente la realización de valor, como ocurre, por lo demás, en todo supuesto de hipoteca en garantía de obligación futura o condicional.

Por su parte, a los eventuales titulares de derechos o cargas posteriores les basta con que no se detraiga del precio de remate más de lo señalado por el máximo de responsabilidad fijado, y que las obligaciones que fundan la ejecución puedan efectivamente acogerse a la garantía constituida por encontrarse dentro del ámbito de la relación jurídica básica definida entre las partes o del tipo de la obligaciones cubiertas. Y por el lado de los posibles subadquirentes o embargantes

de alguno de los cotitulares de la hipoteca, ningún obstáculo puede establecerse, porque como se ha dicho, éstos no adquirirán o no embargarán la cotitularidad en la hipoteca sino los créditos mismos que puedan resultar garantizados, pero esta adquisición o embargo son ajenos al Registro, al menos, en tanto no quede fijado tabularmente que ese crédito transmitido o embargado está acogido a la garantía real.

Por último indicar que, los problemas de preferencias de créditos en una situación de concurso, por la posible garantía hipotecaria de obligaciones nacidas con posterioridad a otras que carecen del derecho de excusión, también son ajenos al Registro y, por mucho que consideremos que la situación creada no es buena para el tráfico jurídico, es aquella por la que ha optado el legislador; aparte de que también tiene lugar la misma en la denominada hipoteca en garantía de cuenta corriente novatoria, que se viene admitiendo sin que exista artículo alguno que la regule.

5. Así las cosas, se plantea la cuestión de si existe alguna especialidad en cuanto a la titularidad «en mano común», en el marco de las denominadas hipotecas preconcursales o de refinanciación, en que, además, suele ser habitual que el valor de las fincas gravadas en el momento de la constitución de la hipoteca y, por tanto, la responsabilidad hipotecaria, no alcanza a garantizar el importe total de las obligaciones contraídas y garantizadas.

Personalmente, siguiendo el criterio de la Comisión Técnica de Hipotecas del Colegio de Registradores de la Propiedad, me inclino por la solución afirmativa y, en este sentido considero aplicables, dada la identidad de razón existente, las resoluciones de la D.G.R.N. de 30 de enero de 2003 y 10 de septiembre de 2009, según las cuales son inscribibles las cesiones en pago o adjudicaciones judiciales de fincas efectuadas en el marco de procedimientos de quiebra, a favor de la pluralidad de acreedores que constituyen el sindicato de acreedores de la quiebra, sin necesidad de fijación de las cuotas de cada uno en el dominio y a pesar de carecer de personalidad jurídica, por «..... la existencia de un elevado número de acreedores, la determinación de estos por remisión al expediente de quiebra, **el carácter «en mano común» de las titularidades ostentadas, así como la articulación de un órgano legitimado para el ejercicio de los derechos correspondientes en nombre de tales acreedores.....»** y, siguen diciendo las resoluciones, ello es así, porque aunque estas colectividades –sindicato de acreedores–, no estén perfectamente identificadas es su composición, si están «..... plenamente articuladas para su funcionamiento, y sin que por ello se resientan los principios básicos rectores de nuestro sistema registral».

Es decir, se ha de entender que la determinación de cuotas prevenidas en el artículo 54 del R.H. –como ocurre en el caso de titularidad solidaria–, es innecesaria en aquellos casos en los que el derecho real de hipoteca se constituye a favor de un conjunto de acreedores integrados en un sindicato, pues los mismos constituyen una colectividad cuyos miembros están «completamente identificados», existe una entidad –El Agente– «legitimada para el ejercicio de las acciones correspondientes», ostentan, como dicen las citadas resoluciones, una titularidad semejante a la «en mano común» y, finalmente, tienen una «perfecta articulación en su funcionamiento».

Sería absurdo entender que es posible la constitución de este tipo de hipoteca sindicada vía Convenio concursal (el que puede lo más –dominio-, debe poder lo menos –hipoteca-), efectuado para dar viabilidad a una sociedad en crisis y en concurso, dando una salida a su actividad mercantil; pero que no es posible si a dicho acuerdo, con la misma finalidad de garantizar la viabilidad económica de la empresa, se llega dentro del marco de refinanciación permitido en la disposición adicional cuarta de la propia Ley Concursal 22/2003, que tiende a facilitar los acuerdos entre los acreedores que permitan evitar la apertura del concurso, los excluye de la rescisión por perjuicio a la masa activa de éste, y establece como uno de sus requisitos la redacción de un plan de viabilidad y el informe favorable respecto del mismo de un experto independiente nombrado por el Registro Mercantil del domicilio del deudor.

Y ello es así, porque al margen de las posibles quitas o la clasificación de las deudas, los créditos dentro del proceso concursal conservan su propia individualidad sin refundición alguna

y, en consecuencia, se encuentran en una situación semejante a la de los créditos comprendidos en los acuerdos de refinanciación.

VI. CONCLUSIONES.

Como resumen de todo lo expuesto se puede señalar que la complejidad de situaciones que pueden tener lugar dentro del ámbito de la hipoteca del artículo 153 bis de la L.H. como la posibilidad de garantizar una pluralidad de obligaciones de cualquier clase de diferentes acreedores que no pierden su autonomía, la posibilidad de garantía de obligaciones futuras no perfectamente determinadas en el momento de su constitución y cuya incorporación a la cobertura de la hipoteca queda al arbitrio del acreedor, y la cobertura de la hipoteca del total importe de todas y cada una de esas obligaciones con el límite de la responsabilidad hipotecaria sin necesidad de su distribución; implica que en muchas de dichas situaciones no sea posible aplicar la accesoriadad para determinar una comunidad parciaria entre los distintos acreedores y cumplir el requisito de la constancia registral de la cuota de cada acreedor del artículo 54 del R.H.

Y ello porque precisamente por esa accesoriadad e integridad de la hipoteca y por la indiferenciabilidad de la responsabilidad que resulta de la hipoteca del artículo 153 bis de la L.H. al menos cuando realmente tiene el carácter de flotante, que implica la no necesidad de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas, lo único determinable es el derecho o cuota, según los casos, que a cada acreedor corresponde en cada crédito, pero éste no determinará automáticamente una cuota a cada acreedor en el derecho real de hipoteca, fundamentalmente a efectos de ejecución separada o parcial, sino que esa ejecución vendrá determinada por la propia obligación garantizada. La titularidad de la hipoteca flotante puede ser, en consecuencia, y porque la ley no lo prohíbe según tiene reconocido el Tribunal Supremo, colectiva o «en mano común» si así se pacta expresamente por los interesados, mientras que los distintos créditos garantizados tendrán cada uno su propia forma de titularidad o cotitularidad.

En otras palabras se puede decir que, en los supuestos analizados de pluralidad de obligaciones y acreedores, únicamente por la propia naturaleza de las obligaciones garantizadas no cabe atribuir a éstos una cuota «matemática» en el derecho real de garantía del artículo 153 bis de la L.H., sino que más bien la propia naturaleza o régimen de esta hipoteca —cuanto más si se pacta expresamente— se inclina por una titularidad colectiva, en la que no es necesario la fijación de cuotas porque éstas, como se prueba con las obligaciones solidarias, no son de intrínseca necesidad en la hipoteca con pluralidad de acreedores.

Espero que estas líneas, cuyas conclusiones derivan de la aplicación de la doctrina dominante a cada uno de los puntos analizados —posibilidad de obligaciones «en mano común», naturaleza y efectos de la hipoteca flotante, especialidades de los acuerdos de refinanciación, etc.—, y de los efectos consolidados reconocidos por la D.G.R.N. a diversos supuestos conexos —no necesidad de fijación de cuotas en caso de ser la obligación solidaria, posibilidad y efectos de la garantía parcial de una obligación, ejecución parcial de determinadas fincas, etc.—; sirvan de base para la necesaria unificación de criterios sobre esta controvertida materia de la titularidad de la hipoteca flotante en caso de pluralidad de acreedores.

Unificación que debe pasar, a mi juicio, inevitablemente, por reconocer que respecto a esta nueva hipoteca del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, se han de flexibilizar en buena medida los tradicionales postulados jurídicos y registrales respecto de la hipoteca, y por tener en consideración la opinión doctrinal y jurisprudencial dominante sobre cada extremo, y sin refugiarse en la defensa de opiniones minoritarias, por muy respetables y fundadas que nos puedan parecer.

Por último, me comunican al tiempo de terminar este trabajo que se ha presentado un recurso gubernativo en la D.G.R.N. sobre la cuestión debatida, cuya resolución espero que, por el bien de la seguridad jurídica, pueda zanjar definitivamente la polémica.

